XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI. 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de

desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

AS LACUNAS JURÍDICAS E O MITO DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

LEGAL GAPS AND THE MYTH OF ENTIRETY IN THE LEGAL SYSTEM

Rogério Magnus Varela Gonçalves

Resumo

Neste trabalho, far-se-á um estudo da problemática das lacunas no direito. O objetivo é discutir acerca da concepção positivista de completude do ordenamento jurídico. Desse modo, será possível descobrir se existem lacunas ou não no ordenamento jurídico brasileiro, e, se existirem, descobrir se precisam ser preenchidas por atividade legislativa. Nesse sentido, abordar-se-á o mundo da completude ou incompletude do próprio ordenamento. Essa análise das lacunas jurídicas é importante, para que, ao final da caminhada cognitiva, seja possível responder se o silêncio do legislador brasileiro significa ou não uma lacuna jurídica, que deva ser preenchida por um dos meios de atividade legiferante. Tomar-se-á como ponto de partida, para uma adequada investigação sobre as lacunas, a antiga dicotomia da ciência do direito, consistente em se saber se o ordenamento jurídico é ou não dotado de completude. Ainda neste trabalho, serão apreciados os possíveis critérios de preenchimento das lacunas e as correntes doutrinárias que acolhem e que reprovam a existência das mesmas.

Palavras-chave: Lacunas jurídicas, Completude, Teoria geral do direito.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper makes a study on the legal gaps. The aim is to discuss the positivist conception of integrity in the legal system. Thus seeks to discover if there are gaps or not the Brazilian legal system, and since there are those gaps, find the need to fill them through legislative activity. In this sense, will be addressed the world of entirety or incompleteness of the system itself. This analysis of legal gaps is important, for in the end of the cognitive ride, find the answer about if the inertia of the Brazilian legislature can be understood as a gap that must be filled by the legislative activity. Will be taken as the starting point of the investigation, the old dichotomy in the science of law, if the legal system is or is not possessed of entirety. This work will also consider the possible criteria to fill gaps and doctrinal currents that recognize or reject the presence of it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal gaps, Entirety, General theory of law.

1 INTRODUÇÃO

O mundo jurídico é detentor de marcante dinamismo, visto que regula a sociedade, que tem, na sua essência, a característica da evolução e da mutabilidade. Posto isto, cumpre consignar que a feitura de um ordenamento jurídico desprovido de imprecisões ou até mesmo de omissões – lapsos estes que podem envolver fenômenos sociais já ocorridos (*lacuna lege lata*) ou futuros (*lacuna lege ferenda*) –, revela-se como uma missão impossível. Não seria possível imaginar um legislador que tudo previsse e normatizasse.

A ideia de plenitude ou perfeição do ordenamento jurídico possui evidentes contornos de fantasia (na acepção de embuste ou falácia) dos positivistas. Entendiam eles e ainda entendem que o sistema jurídico abarcaria tudo, porquanto nenhum caso que devesse ser juridicamente regulado deixaria de ter solução normativa. Destarte, não haveria que se falar em colmatação das lacunas, nem se vislumbraria a carência de norma positiva que servisse de base para a subsunção decisória.

Convém observar que as lacunas não guardam similitude com a totalidade das omissões legiferantes, que apenas significam a ocasional ausência de determinado padrão normativo. As lacunas decorrem, mais apropriadamente, de uma situação social possuidora de real importância jurídica, mas que ainda carece de regulação, fazendo emergir conflitos de interesses com maiores dificuldades de resolução. Registre-se, igualmente, que as lacunas também não podem ser confundidas com o "silêncio eloquente" (beredtes Schweigen), com o "espaço jurídico livre" (rechtsfreie Räume), com a "questão conscientemente aberta" ou com a "norma de exclusão ou de fechamento". Estas são figuras indicativas de uma opção voluntária e sistêmica, levando à conclusão de que uma dada regulação foi implicitamente excluída a partir da adesão a outras opções políticas.

Diante disso, este artigo analisará as correntes doutrinárias que admitem ou negam a existência das lacunas, bem como o seu critério de preenchimento. O objetivo dessa análise é proporcionar uma visão panorâmica acerca da matéria em apreço. Desse modo, será possível descobrir se existem lacunas ou não no ordenamento jurídico brasileiro, e, se existirem, descobrir se precisam ser preenchidas por atividade legislativa.

2 UMA CONCEITUAÇÃO DE LACUNA JURÍDICA

Em linhas gerais, lacuna jurídica significa a ausência de uma norma jurídica em relação a uma situação da vida social que reclama uma solução jurídica. (JUSTO, 2001, p. 337) Para Rebelo de Sousa e Sofia Galvão (2000, p. 77), só existe tal fenômeno quando se verificar a falta de uma regra jurídica para reger certa matéria. Exige-se também que essa matéria, em face de sua relevância social, deva ser prevista e regulada pelo direito. Observe-se, contudo, que nem sempre a ausência de uma norma pode ser interpretada como falha do sistema legislativo. Pode ser apenas um indicativo de que o legislador, ao silenciar sobre o tema, entendeu que o fato poderia ser regulamentado por um organismo privado ou que deveria ficar num espaço livre de direito.

Karl Larenz (1997, p. 525) analisa a problemática das lacunas jurídicas, levando em consideração o silêncio eloquente das leis. Para ele, o órgão legislativo pode silenciar (aqui compreendido como opção por não legislar) de forma proposital. Em hipóteses dessa natureza, não há que se falar em lacuna jurídica, porquanto houve uma abstinência intencional do legislador de regulamentar determinado fato. E o fez por entender que determinada circunstância não era juridicamente relevante ou que não deveria ser disciplinada por diretrizes legislativas estatais. Apenas nos casos em que o silêncio (ausência de normatização) deriva de imprecisão legislativa é que se verifica a lacuna. Para o doutrinador germânico, poder-se-ia pensar que existe uma lacuna apenas quando a lei (entendida como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas suscetíveis de aplicação, seja nas leis ou no direito consuetudinário) não contém regra alguma para uma determinada matéria, mantendo-se em silêncio. Aludindo à existência do que denomina silêncio eloquente da lei, conclui que lacuna e silêncio da lei não significam o mesmo fenômeno.

A questão das lacunas também comporta uma abordagem por outro prisma. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que a lacuna não seria propriamente uma situação de ausência de soluções para o caso concreto, mas de exuberância (ou se aplica a norma geral exclusiva proposta por Zitelmann ou a norma geral inclusiva proposta pelo próprio Bobbio). Logo, a lacuna seria vislumbrada quando o aplicador da norma não soubesse qual das possibilidades jurídicas deveria escolher. A seguir, serão analisados alguns precedentes históricos acerca do estudo da lacunosidade do direito.

3 ABORDAGEM HISTÓRICA DAS LACUNAS JURÍDICAS

Os registros históricos do reconhecimento de lacunas no direito remontam ao direito romano, consoante se pode inferir da seguinte passagem de Justiniano: "Nequelees, neque senatusconsulta ita scribi possunt ut omnes casus qui quando inciderint, comprehendentur" (nem as leis, nem os senatus-consultos podem ser escritos de tal sorte que todos os casos que acontecerem estejam nelas compreendidos). Todavia, a questão passou a ser discutida com maior ênfase quando se pretendeu enfeixar o direito no substrato normativo.

A ênfase no estudo das lacunas jurídicas dar-se-ia, mais propriamente, no século XIX em virtude da ideia reinante, naquele período, de que a lei era capaz de dar todas as respostas aos problemas surgidos. Entendia-se que os comandos normativos deveriam ser exaustivos. Nesse contexto, convém lembrar que a Escola da Exegese, que marcou o direito durante a citada época, mormente a partir do Código Civil Napoleônico de 1804, tinha a presunção de

codificar tudo o que fosse juridicamente relevante. Nesta linha de argumentação, Reis Marques (2002, p. 218) esclarece que a verdadeira teorização do problema das lacunas só surgiu durante o domínio do positivismo jurídico. Portanto, está ligada à crescente importância da lei, à concepção do direito como sistema e à neutralização do Poder Judiciário. Para ele, o problema das lacunas, tal como hoje é analisado, vem desde a Revolução Francesa, estando intimamente ligado ao princípio da soberania nacional e da separação dos poderes.

A lei passava a ser a fonte central do direito. Assim, o momento juridicamente mais relevante não era o da aplicação na norma ao caso concreto, mas o da própria gênese normativa. Isso porque o julgador não poderia se insurgir contra a vontade do legislador. Nessa perspectiva, a norma era apontada como fonte fundamental do direito. Em consequência, a própria expressão "exegese" indicava a ideia, então preponderante, de fé na letra da lei. Imperavam os ideais de pureza, certeza e de segurança jurídicas.

A Escola da Exegese adotou como fundamento ideológico o modelo iluminista, ao advogar a tese de que o magistrado deveria ser mecânico, quase que um androide, porquanto deveria seguir fielmente o que estava previsto no subsistema normativo (eram os tempos em que se imaginava que o juiz era apenas a boca da lei). Pode-se, portanto, afirmar que a Escola da Exegese promoveu o retorno de várias ideias dos glosadores (séculos VI, XII e XIII), ao priorizar uma análise em torno do texto, uma verdadeira minimização do direito ao que fora positivado. Entendia-se que a ordem normativa dava resposta a todos os atos e fatos juridicamente importantes.

No positivismo jurídico por antonomásia (que ocorreu durante o século XIX), na visão de Almeida da Costa (2003, p. 394), o direito identificava-se com a lei, que materializava ou positivava o direito ideal de inspiração racionalista. Dessa forma, a ordem jurídica constituía um todo acabado. A plenitude desse pensamento ocorreu com a elaboração de um conjunto de códigos modernos, sistemáticos e pretensamente completos, a partir da razão escrita encontrada pelo poder legislativo onipotente.

A completude do ordenamento jurídico ganhou corpo com a Escola da Exegese. Convém, portanto, apontar os seus postulados metodológicos, bem como as mais constantes críticas direcionadas a essa linha do pensamento jurídico. Os principais postulados metodológicos da Escola da Exegese eram os seguintes: a) análise dos textos normativos impunha-se antes de tudo, porque os juízes deveriam julgar a partir da lei e não julgar a lei; b) rejeição do método histórico do direito (não há estudo diacrônico, mas apenas sincrônico, visto que o importante é o direito do presente); c) o ordenamento jurídico-normativo seria

uma fonte fechada do direito, por ser considerado autossuficiente. Entendia-se que tudo o que era juridicamente relevante já teria sido disciplinado pelo legislador.¹

Impõe-se, igualmente, apontar as mais fortes críticas à Escola da Exegese: a) o jurista seria pouco criador, ao olhar a lei como obstáculo intransponível; b) haveria uma minimização do direito à lei; c) o direito seria centrado na pessoa do legislador; d) a aplicação do direito seria uma medida secundária; e) a perspectiva da metodologia só existiria como mera interpretação. Em resposta a essas críticas, autores como Toullier, Merlin, Maleville, Delvincourt e Demolombe, integrantes da Escola da Exegese em França, alegavam que a verdadeira interpretação era aquela que se revelava como autêntica, isto é, como um mecanismo de alcance da pretensão da lei e do legislador. Sendo assim, só o legislador teria legitimidade para interpretar a lei. Ao magistrado restava a aplicação da norma em mero exercício de hermenêutica, fazendo uso de silogismos jurídicos.

O jurista francês François Gény liderou a formação da Escola da Livre Investigação Científica do Direito (*École Scientifique*), como uma voz para frenar o pensamento da Escola da Exegese. A sua concepção de direito priorizava a jurisprudência e a minimização da codificação. Tais ideias provocaram o declínio do pensamento fechado do sistema jurídico. Ele defendia a existência de lacunas jurídicas, entendendo que a cogitação de um ordenamento jurídico fechado teria o potencial de promover a estagnação do pensamento jurídico. Destarte, a escola comandada pelo referido jurista francês pregava a abertura do direito e a aceitação da existência de lacunas jurídicas.

Para alguns, a questão das lacunas é um "novo velho assunto", na medida em que seu estudo ainda possui relevância e atualidade. Niklas Luhmann (1986, pp. 163 e ss.), por exemplo, volta a defender, por meio de sua teoria autopoiética, mesmo que de modo tangencial, a tese da completude do ordenamento jurídico. No seu entendimento, o direito seria uma teia conceitual, devendo-se evitar a elaboração de normas indeterminadas e a adoção dos *standarts*. Em clara busca pela autonomia do direito, assevera que ele é dotado de completude, tendo sempre algo a dizer sobre os fatos juridicamente relevantes. Ao defender a inteireza do ordenamento jurídico, afirma que as lacunas serão preenchidas quase por impulso automático, pugnando por um sistema jurídico fechado e autorreferencial. A esse respeito, o presente estudo entende que o tema das lacunas jurídicas foi e ainda é de grande relevo. Do contrário, a doutrina não teria escrito rios de tinta sobre o assunto. Por essa razão, foram

⁻

¹ Por questões de honestidade acadêmica, é de se destacar que a abordagem acerca da Escola da Exegese foi implementada com base nas anotações das aulas do professor Mário Reis Marques, mormente no encontro acadêmico realizado na sala do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 28/10/2003.

pinçadas breves referências históricas, com o intuito único de mostrar que a questão da lacunosidade no direito continua a ser importante.

4 EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE LACUNAS JURÍDICAS

A doutrina especializada na ciência dogmática do direito travou, durante seguidos anos, caloroso debate sobre a matéria. Tal bipolarização teve como cerne da controvérsia a existência ou não de omissões no ordenamento jurídico.² Alguns doutrinadores sustentam que o ordenamento jurídico é aberto e incompleto. Para outros, é fechado e completo, sempre ofertando uma resposta aos fatos socialmente relevantes. Faz-se, a seguir, um breve inventário de alguns autores que se dedicaram ao estudo da temática.

Para Norberto Bobbio (1996, p. 117), a existência das lacunas pode ou não inviabilizar o ordenamento jurídico. Ao analisar a obra de Francesco Carnelutti (1942), afirma que existe, na órbita jurídica, concomitantemente, a necessidade de o magistrado julgar e aplicar no julgamento alguma norma inserida na ordem jurídica positiva. Por isso, existe uma premente necessidade de se verificar a completude da ordem legal. Em consequência, o sistema jurídico adotado pode acolher elementos extrínsecos, reconhecendo que as regras de direito não são completas por si sós. Nesse caso, aceita, como base de julgamento, algum dogma que não esteja previsto na órbita jurídico-normativa, como a equidade, por exemplo. E assim, estar-se-ia diante de um sistema jurídico em que a lacuna seria suprível com facilidade e correção acadêmica.

A maior preocupação com a previsão de todas as circunstâncias jurídicas está ligada ao sistema que compele o magistrado a conceder a prestação jurisdicional em conformidade com os tipos legais disciplinados pelo legislador (*mens legislatore*). Nesse caso, não havendo dispositivo legal relativo a uma situação fática qualquer, e como o juiz não pode se utilizar de meios alheios ao ordenamento jurídico, estar-se-ia diante de uma aporia, porquanto não haveria possibilidade de se dirimir a querela judicial. Já em outros ordenamentos jurídicos, antevê-se a completa impossibilidade de o legislador disciplinar todos os fatos da vida social. Nessa hipótese, na qualidade de agente político, o magistrado tem a possibilidade de lançar mão de seu poder legislativo para solucionar o caso concreto. Tal atividade judicante, quando

-

² Numa apreciação mais aprofundada da matéria, Carlos Cóssio cataloga as cinco principais opiniões acerca das lacunas jurídicas (realismo ingênuo, empirismo científico, ecletismo, pragmatismo e apriorismo filosófico). Vide CÓSSIO, 1947, pp. 19 e ss.

envereda pela senda da elaboração normativa, é claramente uma função atípica do Poder Judiciário.

Como já explicitado alhures, não há uma ideia remansosa entre os autores acerca da existência ou não de lacunas no campo jurídico. Acredita-se que essa divergência de pensamento se deve ao enfoque dado ao tema. Como o assunto vem sendo apreciado apenas pelo prisma normativo, leva-se a concluir que as lacunas existem. Até porque não seria razoável imaginar o legislador com o poder de prever o futuro das relações humanas, não se podendo, tampouco, admitir qualquer estagnação social. Entrementes, se a matéria for apreciada sob o ângulo não apenas normativo, mas abrangendo todo o ordenamento jurídico, haveria a probabilidade de se admitir a inexistência das lacunas, visto que existiriam outros meios (não normativos) para auxiliar o deslinde da controvérsia. Como resultado, a integração do direito seria utilizada no caso concreto, não havendo que se falar em lacunosidade.

Para Baptista Machado (2002), a lacuna é sempre uma incompletude, uma falta ou uma falha, esclarecendo em que consiste essa incompletude. Em sua análise, procura superar o problema suscitado, afirmando que a lacuna é uma "incompletude contrária a um plano" (planwidrige Unvollständigkeit). Tratando-se de uma lacuna jurídica, ela consistiria numa incompletude contrária ao plano do direito vigente, determinada segundo critérios extraídos da ordem jurídica global. Existe uma lacuna quando a lei (dentro dos limites de uma interpretação ainda possível) e o direito consuetudinário não contêm uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global, ou seja, não contêm a resposta a uma questão jurídica. Para o citado autor, a problemática das lacunas é mais visível quando vem ligada ao escopo subjacente à regulamentação legal – com a ratio legis ou com a teleologia imanente da lei.

Por outro lado, quando se trata do plano global da ordem jurídica, do sistema jurídico, não pode rigorosamente falar-se de um plano, pelo menos no sentido de plano acabado ou concluso, visto que o sistema jurídico é aberto. Ora, a noção de incompletude parece pressupor a completude do plano a que vai se reportar. Nesse caso, Baptista Machado (2002, pp. 194 e 195) admite ser possível uma referência à incompletude ou ao inacabamento de um processo formativo que protende para a complementação ou acabamento segundo uma teleonomia própria. Mas logo se dá conta de que tal plano, ao servir de ponto de referência para a determinação das lacunas, não é algo já dado e estaticamente concebível.

Portanto, no campo apenas normativo, pode-se observar a carência de regulamentação de um fato juridicamente relevante. Mas tal omissão não pode ser tida, em todos os casos, como uma abstinência intencional do legislador, mormente quando se aborda a

problemática à luz das lacunas jurídicas *lege ferenda*. O presente estudo engrossa as fileiras dos que defendem a incompletude do subsistema normativo e a necessidade de continuada produção legiferante para uma permanente adequação jurídica às mutações sociais.

Já para Hans Kelsen, a lacunosidade jurídica seria uma ficção. Sua assertiva é fundamentada na ideia de que o magistrado pode e deve dizer a quem pertence o direito. Assim sendo, mesmo que não haja dispositivo legal aplicável ao caso concreto posto à apreciação do julgador, há uma legitimação para que o magistrado atue atipicamente como se legislador fosse e aplique a suposta norma que seria elaborada por um legislador hipotético. Reforçando o que já foi afirmado, a abordagem kelseniana diz respeito à completude do sistema jurídico, na medida em que admite, de forma reflexa ou oblíqua, a lacunosidade do subsistema normativo.³

Angel Latorre (2002, p. 112), em seu estudo, parte da premissa de que existem lacunas normativas. Para ele, em face do excessivo apego aos textos positivados, a analogia tem sido uma das formas mais utilizadas para a colmatação de uma omissão legislativa específica. Em seu entendimento, a primazia absoluta da lei e as deficiências dessas fontes subsidiárias fazem com que o intérprete, quando não encontra lei diretamente aplicável ao fato controvertido, procure remediar sua falta construindo uma norma a partir dos elementos dados pela própria lei. Destarte, a analogia, para ele, desempenha importante papel na aplicação do direito.

No plano dogmático brasileiro, foi adotada a obrigatoriedade de o julgador efetuar a prestação jurisdicional, mesmo não existindo norma específica que regule o conflito de interesses a dirimir. Tal conclusão é extraída do art. 126 do Código de Processo Civil⁴, bem como do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro

³ Hans Kelsen afirmou, categoricamente, que não existem lacunas efetivas, mas só aparentes. Segundo ele, tratase da ficção de que a ordem jurídica tem uma lacuna – significando que o direito vigente não pode ser aplicado a um caso concreto, porque não existe nenhuma norma geral que se refira a esse caso. Vide KELSEN, 1998, p. 212. Suas reflexões centrais acerca do tema são as seguintes: a) A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas. Se o juiz está autorizado a decidir uma disputa como legislador, no caso de a ordem jurídica não conter nenhuma norma geral obrigando o réu à conduta reclamada pelo queixoso, ele não preenche uma lacuna do direito efetivamente válido, mas acrescenta ao direito efetivamente válido uma norma individual à qual não corresponde nenhuma norma geral (p. 213). b) A incapacidade do legislador de prever todos os casos possíveis pode fazer com que ele deixe de decretar uma norma ou levá-lo a formular uma norma geral e, desse modo, estabelecer obrigações que não teria estabelecido se houvesse previsto todos os casos (p. 215). c) A teoria das lacunas no direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração (p. 215).

⁴ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

de 1942).⁵ O vigente texto constitucional reforça o dever de julgar, mesmo nas hipóteses de omissão legislativa, quando consagra, no inciso XXXV do art. 5° da Constituição Federal⁶, o primado da inafastabilidade ou indeclinabilidade de jurisdição.

É comum entender-se que a falta de completude do ordenamento jurídico estaria circunscrita à ausência normativa sobre determinada circunstância da vida social. Contudo, Francesco Carnelutti assevera que existem duas espécies de incompletudes: a primeira ocorre por exuberância, quando o ordenamento jurídico oferta ao intérprete maneiras conflitantes de solução da controvérsia (antinomia); a segunda acontece por carência legislativa, quando o legislador deixa de disciplinar uma matéria que é juridicamente relevante (lacuna). O doutrinador italiano reconhece certa semelhança entre a antinomia e a lacuna. É que, em ambos os casos, verifica-se a necessidade de purificação do sistema, seja pela eliminação do excesso (antinomias), seja pelo preenchimento das omissões (lacunas).

Não é de hoje que são suscitados os ideais de perfeição e de completude do ordenamento jurídico. A origem histórica do pensamento acerca da completude do ordenamento jurídico está relacionada ao aprimoramento do direito romano, nomeadamente com a compilação do *Corpus Juris Civilis*. Com ele, supostamente, não haveria necessidade de quaisquer acréscimos ou supressões no ordenamento jurídico, porquanto ele conferiria ao intérprete condições plenas para resolver todos os problemas jurídicos postos ou a serem apresentados. A defesa de um subsistema normativo dotado de completude foi reavivada, mais recentemente, com o advento do Código Civil de Napoleão (que chegou a ser considerado o máximo da expressão intelectual humana) e do Código Civil da Alemanha. Essas duas codificações desencadearam uma verdadeira apologia da perfeição normativa. Os legisladores procuravam imaginar o futuro e já disciplinavam relações sociais e jurídicas ainda não vivenciadas.

Estava instituído o fetichismo da lei. Não é coincidência o fato de que a ideia de completude do ordenamento jurídico surge paralelamente ao monopólio legislativo estatal. O Estado se arvora no direito exclusivo de regulamentação da vida social e considera-se perfeito em seu mister. Nesse aspecto, a Escola da Exegese teve papel marcante, defendendo a perfeição do ordenamento jurídico. Com o passar do tempo, começaram a surgir críticas à escola exegética e ao fetichismo legislativo.

4

⁵ Art. 4°. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁶ Art. 5°, inciso XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Além da já citada contra-argumentação de François Gény, emergiu mais um severo crítico da corrente da exegese. Trata-se de Eugen Ehrlich (1986), um destacado membro da Escola do Direito Livre. Defendia a tese de que o dogma da completude se lastreava em três colunas basilares, não necessariamente verdadeiras: a) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser a norma jurídica; b) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado (fazendo alusão ao monopólio legislativo público); c) todas essas normas devem formar, no seu conjunto, uma unidade. Essa dúvida no tocante à completude ou não do sistema jurídico, suscitada pela escola do direito livre, estremeceu os alicerces da escola exegética.

Em síntese, a plenitude do ordenamento jurídico, tão cara ao positivismo jurídico, estava associada ao pensamento de que todos os problemas sociais que fossem de importância para o mundo jurídico teriam, necessariamente, uma solução prevista em comandos normativos. Mesmo nos casos em que não se verificasse explicitamente na ordem jurídica uma resposta para a contenda, ela existiria, por entender-se que estava implícita no sistema. Pela utilização de processos lógicos, poder-se-ia solucionar a querela, de forma que o vazio normativo seria sempre aparente, não havendo real lacuna jurídica. Seguindo esse caminho intelectivo, o próprio ordenamento jurídico conteria potencialmente a previsão de todos os casos (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 129).

A linha doutrinária defendida por Eugen Ehrlich percorre um caminho oposto, ao afirmar a impossibilidade fática de se regulamentar todos os atos humanos, ante a constante evolução social. Questionava também a impossibilidade de se conferir ao julgador a atribuição primordial de criar a norma não prevista dentro do ordenamento jurídico. O presente texto entende que o pensamento da escolha livre de direito propicia uma constante evolução normativa, tendo sempre como guia ou bússola a marcha evolutiva da sociedade. Por esse motivo, engrossa as fileiras dos que defendem a incompletude do sistema jurídico. A partir dessa linha de raciocínio, permite-se refutar os escólios de Karl Engisch (1968, p. 223), que afirmava ser a lacuna jurídica uma imperfeição insatisfatória dentro da totalidade jurídica.

⁷ Para maiores detalhes acerca da Escola do direito livre, vide JUSTO, 2005. pp. 68/71. Para o doutrinador português, a Escola do direito livre defende que o direito preexiste e fundamenta qualquer organização social. Ademais, destaca a importância da livre criação do direito, opondo-se à aplicação esquemática da lei, típica do positivismo jurídico. Logo, a sentença judicial tem ares de uma decisão essencialmente criadora do juiz no desempenho duma ineliminável tarefa pessoal dirigida à realização da justiça. A Escola do direito livre contestou os postulados que definem o pensamento jurídico positivista: ao legalismo estatista e à exclusividade da lei como fonte do direito opôs a existência de fontes extralegais, como o costume, a jurisprudência e a ciência do direito; contra a plenitude lógica do sistema jurídico afirmou que, no direito legal, há tantas lacunas como palavras; e recusou o entendimento do direito como um sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável, sustentando que qualquer decisão jurídica concreta implica uma valoração prática (pp. 68/69).

É preciso entender que a incompletude do subsistema jurídico-normativo é o fator que possibilita a adequação das leis aos avanços sociais. Portanto, não se pode admitir a feitura de um nexo causal entre a ausência de previsão de determinado ato ou fato no ordenamento jurídico e a existência de uma debilidade ou fragilidade do próprio sistema. Caso o sistema jurídico fosse algo hermeticamente fechado, haveria, por via de consequência, um engessamento das relações sociais e humanas. Assim, em derradeira análise, a lacuna é um fenômeno natural, ao demonstrar que a humanidade continua a evoluir. Expressa-se como o fator que possibilita a adequação da ordem jurídica ao dinamismo social.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 240) esclarece que a existência de lacunas tem um aspecto positivo, de modo que sua ocorrência nem sempre deve ser julgada negativamente. Na verdade, as lacunas da lei podem ser tidas como uma omissão do órgão legislativo, constituindo-se, em seu juízo de valor, como uma pesada falha. Nessa mesma linha, aduz que muitas normas jurídicas em branco nada mais representam do que uma desagradável modalidade de solução de conflitos. Mas, por outro lado, as cláusulas gerais que carecem de concretização têm frequentemente uma função legítima. Opondo-se a uma generalização demasiado rígida, as cláusulas gerais permitem a adoção da equidade, na medida em que buscam a justiça no julgamento de um caso concreto. Essa compreensão de que existem elementos positivos na incompletude do ordenamento jurídico é importante para que se ultrapasse o conceito, ou até o preconceito, de que a lacuna inexiste, justamente pelas consequências negativas apontadas em face da lacunosidade do direito.

4.1 A incompletude normativa em contraposição ao ideário da completude do sistema jurídico

Os autores que já se debruçaram sobre a questão das lacunas no direito, em sua maioria, têm se posicionado no sentido de que existe um inegável espaço vazio dentro do mundo legal (subsistema normativo, considerado como microcosmo). Contudo, afirmam que não há que se falar em lacuna no sistema jurídico como um todo (considerado como macrocosmo). Esses pensadores integram a chamada corrente do ecletismo, conforme assinala Carlos Cóssio (1947, p. 42). Para seus adeptos, a lei é que possui lacunas, e não a ordem jurídica. Isso se deve ao fato de que o direito se apresenta como um ordenamento que não pode ser redutoramente equiparado a um simples agregado de leis. O direito tem a missão de sistematizá-las, estabelecendo ainda os critérios gerais para a sua aplicação.

Carlos Cóssio critica a corrente do ecletismo. Para ele, se a relação entre o direito e a lei seria do gênero com a espécie, então há de se convir que, não havendo lacunas no direito,

tampouco pode havê-las na lei. Segundo o que é orientado pela lógica, tudo o que se predica do gênero estaria necessariamente predicado na espécie. Paulo Nader discorda da argumentação de Carlos Cóssio, afirmando que a premissa de seu silogismo não foi bem assentada. No seu entendimento, a relação entre o direito e a lei não se daria com a simplicidade de "gênero e espécie". Além de ser um espaço mais amplo, que abrange a totalidade dos modelos jurídicos vigentes, o direito também estabelece o elenco das formas de expressão do fenômeno jurídico e os critérios de integração da lei. Para o doutrinador brasileiro, se a lei, por exemplo, não for elucidativa quanto a determinado aspecto, este pode ser definido pelos costumes, pela analogia ou pelo recurso aos princípios gerais do direito (NADER, 2003, 187).

A Escola de Coimbra, defensora de um sistema jurídico aberto, posicionou-se no sentido de superação das lacunas normativas em face da realização concreta do direito pelo julgador, entendendo que este não estaria subordinado apenas aos elementos normativos. Haveria, por conseguinte, a igualação entre a interpretação e a integração do direito. Dessa forma, tanto o magistrado poderia interpretar a precompreensão normativa, quanto teria a possibilidade de se valer de elementos *extralegis*. Sendo assim, a interpretação e a integração aproximam-se cada vez mais. Nessa linha de raciocínio, Gomes Canotilho (2003, p. 1.235) esclarece que a interpretação e a integração são consideradas como dois momentos conexos da captação ou obtenção do direito. Portanto, não se trata de dois procedimentos qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de obtenção do direito. A par disso, a relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente frisante quando se trata de estabelecer os limites entre uma interpretação extensiva e uma integração analógica.⁸

.

⁸ No mesmo sentido, vide NEVES, 1976. Nesse estudo, o autor se pronuncia da seguinte forma sobre a questão: "E a jurisprudência de interesses, se de modo expresso se mantinha fiel ao princípio tradicional da 'obediência à lei', demarcava de uma forma mais rigorosa (em termos diferentes, mas paralelos ao de Gény) os campos de 'interpretação' e da 'integração', ao mesmo tempo que reconhecia e fomentava o constituinte contributo do julgador (convocado assim ao que dizia ser uma 'obediência pensante') para a decisão prática dos interesses, para a realização concreta e praticamente compreendida do direito, ainda que mediante as normas legais e respeitando as suas valorações normativas; por outro lado, tinha por indispensável uma ampla autonomia normativamente criadora no domínio das lacunas. Quer dizer, em qualquer caso e desta ou daquela forma, o direito que se realizava histórico-socialmente não se manifestava todo na lei, tinha antes de procurar-se em boa medida (de procurar o seu critério normativo) em topoi diferentes dela: nas fontes extralegais (Gény), no 'direito livre', numa concreta consideração valoradora dos interesses, nas 'convicções' dominantes na comunidade e mesmo numa Eigenwertung ou ponderação-decisão pessoal do julgador (Heck). Uma segunda conseqüência, que continuava a anterior, foi o reconhecimento de que uma parte importante do direito imputável ao sistema jurídico vigente, e informador da prática jurídica, era de constituinte determinação jurisdicional, quando não de inequívoca criação jurisprudencial: era assim decerto no domínio jurídico do praeter legem ou das lacunas em sentido estrito, mas não menos no domínio das 'lacunas intra legem', i. é, na determinação concretizadora das 'cláusulas gerais', dos 'conceitos normativos' e indeterminados, etc. - e a ambos os domínios viria ainda acrescentar-se o do autónomo desenvolvimento do direito, o qual se reconheceu a ultrapassar, nas suas intenções

Parece inequívoco que a questão das lacunas tendeu sempre a ser simplificada para o enfoque do sistema. As correntes doutrinárias que se inclinavam para o sistema jurídico aberto sempre advogaram a tese de que não há lacunas no direito, havendo apenas que se falar em lacuna do subsistema normativo. Reconhecer a existência de alguma lacuna no macrocosmo jurídico seria a derrota da sistematização pretendida pelo direito e, em última análise, representaria o fim do próprio direito. Frise-se que tal ideia se revestiu de caráter de verdadeiro dogma, o qual poucos se atreveram a enfrentar. Em polo diametralmente oposto, situavam-se as correntes doutrinárias que pugnavam pelo sistema jurídico fechado (diversas vertentes do positivismo jurídico), relacionando o direito apenas ao tecido legal. Para essas correntes, partindo-se do pressuposto da existência de norma perfeita, não haveria que se falar em lacunas da norma. Assim, se algum fato não estivesse regulamentado, era porque não tinha relevância jurídica.

Apesar da argumentação dessas correntes doutrinárias, não se pode negar que existem situações não previstas pela norma e que nem mesmo a interpretação extensiva ou a analogia conseguem albergar. Com todo o respeito que merecem os pensadores de uma e de outra corrente, este escrito engrossa as fileiras defendidas por Norberto Bobbio, no sentido de que há lacunas. Elas decorrem da confrontação da norma geral exclusiva com a norma geral inclusiva. Para o presente estudo, existe uma zona intermediária entre os pensamentos referentes ao sistema aberto ou ao sistema fechado. Essa terceira via consistiria, acompanhando as reflexões de Norberto Bobbio, na existência de duas saídas aplicáveis nas hipóteses de lacunas, a saber: ou se aplica a regra da norma de liberdade (que ensina que a ausência normativa é um permissivo implícito de atuação por parte do particular) ou, em contrapartida, vislumbrar-se-á uma aplicação por analogia de determinado regramento que trata de matérias assemelhadas.

Após essa breve análise das ideias do ecletismo, passa-se a abordar a corrente do empirismo científico, porquanto esta também recebeu adeptos de peso, como Zitelman e Donato Donati. Dentro de uma construção dialética do pensamento, também serão apreciadas as contra-argumentações pronunciadas por Norberto Bobbio.

_

4.2 O pensamento de E. Zitelmann e Donato Donati e a contra-argumentação de Norberto Bobbio

Ernst Zitelmann e Donato Donati foram dois dos autores que, no início do século XX, deram grande contributo para a análise da matéria em comento. São considerados os principais integrantes da escola do empirismo científico, na já citada divisão proposta por Carlos Cóssio. Zitelmann, em 1903, escreveu a sua célebre obra "As lacunas no direito" (*Lücken im Recht*); já Donato Donati publicou, em 1910, o seu livro intitulado "O problema das lacunas no ordenamento jurídico".

Ambos defendem, com variações pontuais entre suas teses, a ideia da norma geral exclusiva, centrada no entendimento de que a norma tem verdadeira bifurcação de interesses. Quando estabelece algo como sendo proibido, a norma tem o intuito de coibir a prática de algum ato tido por antijurídico (interesse de incluir no rol de irregularidades determinado comportamento humano). Em consequência, admite, implicitamente, todos os demais comportamentos diversos da ilicitude tipificada (interesse ou intuito de excluir ou afastar do rol de irregularidades todos os comportamentos humanos não expressamente vedados pela norma limitatória). Em outras palavras, haveria uma espécie de norma de liberdade, segundo a qual tudo o que não é proibido está juridicamente permitido. Em sua essência, a limitação normativa específica revela-se também como um permissivo genérico daquilo que não foi alvo de expressa vedação.

Na hipótese suscitada acima, entendia-se que haveria uma norma particular ou específica que teria o condão de tratar como irregular a prática de determinado ato. Haveria, de igual sorte, outra norma subliminar que excluiria da ilegalidade todos os atos que não fossem proibidos pela norma explícita. Sendo assim, a norma incriminatória passaria a ser tida como uma norma particular e a ausência de incriminação dos demais fatos seria considerada uma norma geral excludente (que seria implícita ou silenciosa). Nisso consiste a ideia de norma geral exclusiva, não havendo que se falar em lacuna no direito, mas apenas em lacunas no subsistema jurídico-normativo explícito.

Para Miguel Reale, um momento fundamental na história da interpretação do direito, na Alemanha, deu-se com a publicação da obra "As lacunas no direito", de Zitelman. No seu sentir, esse trabalho obteve grande penetração científica, tendo sustentado uma tese que, posteriormente, seria expressamente consagrada no direito positivo brasileiro: não existe plenitude na legislação positiva. Assim, por mais que o legislador se esforce na busca da perfeição legislativa, há sempre algo a ser disciplinado. Na obra de Zitelmann, ficou provada

a existência de lacunas na legislação, mas também ficou afirmado que o direito, entendido como ordenamento, jamais pode ter lacunas (REALE, 2002, p. 287). A forma encontrada pela maioria dos legisladores para superar esse paradoxo aparente foi o de inserir, dentro das normas de regência, mecanismos de integração do direito. Logo, os ordenamentos jurídicos, em sua maioria, superam a questão da lacunosidade normativa por meio da autointegração.

Para Ernst Zitelmann (1903, p. 17), na base de toda norma particular que sanciona uma ação com uma pena ou com a obrigação de indenização dos danos, ou que comina qualquer outra consequência jurídica, está sempre subjacente uma norma fundamental geral e negativa. Tal norma expressa em sua essência que, à parte esses casos particulares, todas as outras ações ficam isentas de pena ou indenização. Portanto, cada norma positiva, com a qual é atribuída uma pena ou uma indenização, é uma exceção da norma fundamental geral e negativa. Em consequência, na falta de uma regra de exceção positiva, não há lacunas, porque o juiz, aplicando aquela norma geral e negativa, pode sempre reconhecer que o efeito jurídico em questão não interveio, não se cominando pena ou obrigação à indenização.

Já o doutrinador italiano Donato Donati (1910, pp. 36/37) apresenta tese com tênues diferenciações das proposições de Zitelmann. Para ele, do conjunto das disposições prevendo determinados casos e estabelecendo a existência de dadas obrigações, deriva, ao mesmo tempo, uma série de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva. Em outras palavras, surge uma série de normas particulares estabelecendo, para os casos por elas particularmente considerados, dadas limitações, e uma norma geral excluindo qualquer limitação para todos os outros casos não particularmente considerados. Destarte, cada caso encontrará no ordenamento jurídico a sua regulamentação. Tal regramento poderá se dar de duas formas, a saber: numa primeira hipótese, o fato social encontrará na legislação uma disposição que particularmente a ele se refere (haverá, pois, a incidência de uma norma particular para o caso); na segunda hipótese, em que não seja vislumbrada qualquer norma específica a regulamentar o caso (não cuidando de sua permissão ou vedação), então haverá uma implícita norma geral a disciplinar a possibilidade de atuação dos particulares, ante a ausência de restrição ou de limitação específica.

Diante dos argumentos apontados acima, a corrente doutrinária majoritária entendeu por superado o problema das lacunas. Entretanto, Norberto Bobbio pugna pela fragilidade da teoria da norma geral exclusiva. Para ele, haveria um impasse quando o aplicador da norma se deparasse com uma norma geral inclusiva. Justifica que, na tentativa de autointegração, foram criadas diversas normas desse jaez, estabelecendo meios de superação das lacunas no

ordenamento jurídico positivado (aplicação da analogia e princípios gerais do direito, por exemplo).

Nessa linha de pensamento, Norberto Bobbio lembra que o intérprete pode defrontarse com situações em que se oferecem duas possíveis saídas para resolver a controvérsia, sem que o ordenamento jurídico lhe indique qual caminho a seguir. Uma dessas situações ocorre quando não há regulamentação específica para determinado comportamento, mas ele se revela semelhante a outro que está regrado. Nesse caso, se o estudioso do direito decide por aplicar a regra da norma geral exclusiva formulada por Zitelmann e Donato Donati (a ausência de norma é de ser tida como uma permissão implícita), agirá contrariamente ao que foi estabelecido para o semelhante caso concreto e particular. Todavia, se inclinar-se pela incidência da tese da similitude dos casos, pode aplicar a norma geral inclusiva (analogia), devendo estabelecer decisão idêntica àquela prevista para o caso que recebera específica normatização.

Por esse motivo, mais do que simples carência de norma, a lacuna, segundo esclarece Bobbio, representaria a falta de critérios para resolver o caso concreto. Haveria, portanto, uma exuberância de possibilidades (uso da norma geral exclusiva ou uso da norma geral inclusiva), mas o aplicador não encontra um critério a seguir.

O presente escrito posiciona-se em sintonia com o pensamento de Bobbio, fazendo eco de seus ensinamentos. Com ele, entende que a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto frágil, visto que aquilo que diz, o diz bem e com aparência de grande rigor, mas não diz tudo. A teoria em apreço deixa de dizer, por exemplo, que, normalmente, num ordenamento jurídico, não existe somente um conjunto de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva que as acompanha. Existe também um terceiro tipo de norma, que é inclusiva como a primeira e geral como a segunda, a que se pode denominar de norma geral inclusiva.

Para o autor italiano, a referida norma geral inclusiva consistiria em uma norma como a que vem expressa no art. 12 das disposições preliminares do ordenamento jurídico italiano, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Já a norma geral exclusiva seria aquela que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula de maneira oposta. A principal característica da norma geral inclusiva reside no fato de regular, de maneira idêntica, os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles. Diante de uma lacuna, se for aplicada a norma geral exclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se for aplicada a norma geral inclusiva, o caso não regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquele que está regulamentado.

Portanto, as consequências da aplicação de uma ou de outra norma geral são diferentes, e até opostas. A escolha da norma a ser aplicada depende do resultado da indagação para saber se o caso não regulamentado é ou não semelhante ao regulamentado. Mas o ordenamento, em geral, nada diz sobre as condições com base nas quais dois casos podem ser considerados parecidos. A decisão sobre essa semelhança cabe ao intérprete, o qual deve decidir se, em caso de lacuna, vai aplicar a norma geral exclusiva (e, portanto, excluir o caso não previsto do disciplinamento do caso previsto) ou aplicar a norma geral inclusiva (e, portanto, incluir o caso não previsto no disciplinamento do caso previsto). No primeiro caso, optou pelo uso do *argumentum a contrario*; no segundo, utilizou o *argumentum a simili*.

Partindo-se do pressuposto de que, ante um caso não regulamentado, pode-se aplicar tanto a norma geral exclusiva quanto a norma geral inclusiva, é de se reconhecer que, no caso das lacunas, diversamente do que ocorre nas situações especificamente regulamentadas (em que existe, para o caso concreto, apenas uma solução jurídica ditada pelo legislador), existirão pelo menos duas soluções jurídicas: a) considerando-se o caso não regulamentado como sendo diferente do caso regulamentado, aplicar-se-á, por conseguinte, a norma geral exclusiva; b) considerando-se o caso não regulamentado como semelhante ao caso regulamentado, aplicar-se-á, consequentemente, a norma geral inclusiva. Sendo assim, é de se reconhecer que o caso não regulamentado oferece caminho para duas soluções opostas. Tal fato torna o problema das lacunas menos simples e menos fácil, partindo-se da teoria linear da norma geral exclusiva.

Se existem duas soluções, ambas possíveis, e a opção por uma delas cabe ao intérprete, é de se reconhecer que as lacunas existem. Elas consistem no fato de que o ordenamento deixou em aberto qual das duas soluções deveria ser adotada. Tratando-se de comportamento não regulamentado, caso existisse uma única solução, a da norma geral exclusiva, como acontece, por exemplo, no direito penal (em que a extensão analógica não é admitida), poder-se-ia também dizer que não existem lacunas. Partir-se-ia do pressuposto de que todos os comportamentos não expressamente proibidos pelas leis penais seriam lícitos. Mas, como as soluções em caso de comportamento não regulamentado são normalmente duas, a lacuna consiste justamente na falta de uma regra que permita escolher uma solução em vez da outra.

Desse modo, parece impossível evitar as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, ficando mais claro o conceito de lacuna. Esta se verifica não mais por falta de uma norma regulamentando expressamente um determinado caso, mas pela falta de um critério para se escolher qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deve ser

aplicada. Em certo sentido, vai-se além da teoria da norma geral exclusiva, ao admitir-se que, no caso do comportamento expressamente não regulamentado, não há apenas uma solução jurídica, mas duas. Em outro sentido, porém, nega-se a teoria. É que, se as soluções jurídicas possíveis são duas e falta um critério para aplicar ao caso concreto uma delas, surge então a lacuna que a teoria acreditou ter eliminado. Tal lacuna envolve não um caso singular, mas a falta de um critério com base no qual o caso deve ser resolvido.

Adotando-se uma definição técnica, a lacuna indica que, em certas situações, o sistema não oferece a possibilidade de resolver um determinado caso dentro das possibilidades apontadas na teoria da norma geral exclusiva. Em tal hipótese, deve-se concluir que o ordenamento jurídico, apesar da existência de uma norma geral exclusiva, pode ser incompleto. E assim pode ser entendido porque, entre a norma particular inclusiva e a norma geral exclusiva, introduz-se normalmente a norma geral inclusiva. Esta estabelece uma zona intermediária entre o caso regulamentado e o não regulamentado, em direção à qual tende a penetrar o ordenamento jurídico, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável. Mas, normalmente, esta penetração fica imprecisa no âmbito do sistema. Se, no caso do comportamento não regulamentado, inexistir outra norma para ser aplicada a não ser a exclusiva, a solução seria óbvia.

Mas, como se sabe, em muitos casos, pode-se aplicar tanto a norma que quer os comportamentos diferentes regulamentados de maneira oposta ao comportamento regulamentado, quanto a norma que quer os comportamentos semelhantes regulamentados de maneira idêntica ao regulamentado. Quando o intérprete não tem condições de decidir, mediante regras do sistema, se o caso é semelhante ou diferente, a solução não é mais óbvia. O fato de não se poder extrair do sistema o indicativo da melhor solução a ser tomada revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1996, pp. 135/139).

5 TIPOLOGIA DAS LACUNAS

Várias são as classificações adotadas pela doutrina acerca das lacunas no direito, embora não sejam excludentes entre si. Serão apresentadas, a seguir, as principais subdivisões formuladas pelos estudiosos da temática. Na visão de Norberto Bobbio, as lacunas podem ser reais (próprias) ou ideológicas (impróprias). As primeiras caracterizam-se pela inexistência de critério prévio para se resolver um problema juridicamente relevante (lacunas dentro do sistema ou lacunas do sistema). Já as lacunas impróprias caracterizam-se pela existência de um critério prévio, geralmente injusto, para se superar um problema jurídico. Logo, nessa

segunda hipótese, a lacuna diz respeito à confrontação do sistema posto (injusto) em face do sistema pressuposto ou ideal (justo), ou seja, a lacuna consistiria na inexistência ou na ausência de justeza na resolução dos fatos sociais.

Quanto aos motivos provocadores, o doutrinador italiano afirmar que as lacunas podem ser subjetivas (questões ligadas aos legisladores, tais como lobby de grupos sociais ou econômicos, falta de clarividência do elaborador da norma acerca de dada situação da vida social, entre outras) ou objetivas (a lacuna decorre das transformações da vida social). As lacunas subjetivas subdividem-se em intencionais e não-intencionais. Por fim, reconhece o autor as lacunas *praeter legem* ou *intra legem*. As primeiras são frutos de previsões normativas muito específicas e, por sua especificidade, deixam de abranger alguns fatos. Já as lacunas *intra legem* surgem quando se tem uma ordenação muito aberta e, por sua vagueza legiferante, deixam situações ao largo da norma.

Para Ernst Zitelmann, as lacunas podem ser classificadas em autênticas e não-autênticas (*echte und unechte*). As primeiras se evidenciam, quando não há resposta possível no sistema jurídico, ou seja, quando inexiste uma pre-compreensão da decisão. Já as segundas decorrem de uma previsão normativa tida como injusta.

De acordo com a classificação de Felix Somló (1927, p. 403), as lacunas podem ser intencionais ou não-intencionais. Nessa diferenciação, o acento tônico reside na vontade do legislador. Ele pode, de modo consciente ou não, deixar uma questão em aberto. Na primeira hipótese, por não se julgar em condições, o legislador transfere a outrem (ao juiz, ao doutrinador) a tarefa de estabelecer a regra específica. A segunda ocorre quando o legislador não conseguiu perceber a problemática da questão de modo cabal (lacuna de previsão), seja porque as condições históricas não o permitiam (lacunas desculpáveis), seja porque seu exame do problema não foi suficientemente cuidadoso (lacunas não-desculpáveis).

Para Brunetti (1926), as lacunas podem ser classificadas em formais ou materiais. As primeiras seriam os vazios no subsistema normativo (carência de previsão nas leis e nos códigos). As lacunas materiais, por seu turno, seriam consubstanciadas em incompletudes do ordenamento jurídico como um todo e não apenas da esfera da positivação (dogmática). Ressalte-se que o autor em comento só aceita a existência da primeira forma de lacuna.

Na abordagem de Santos Justo (2001, pp. 338/340), as lacunas podem ser voluntárias (quando se está diante do silêncio eloquente da lei) ou involuntárias (quando, por um lapso de previsão, o legislador não regulamentou determinado ato juridicamente relevante). Classifica-

-

⁹ Em língua portuguesa, vide uma síntese do pensamento de Felix Somló em FERRAZ JÚNIOR, 2003. p. 221.

as também em manifestas ou patentes (quando a lei carece de uma norma jurídica para o caso concreto, devendo tê-la, em face da sua própria teleologia); ocultas ou latentes (quando, em virtude de especificidades do caso posto à solução, a norma geral abrangendo uma categoria dos casos não previu os desdobramentos ou subcategorias) e de colisão (quando duas normas se dedicam ao regramento de um mesmo assunto, tendo conteúdos opostos). Nesse terceiro caso, trata-se de uma antinomia que torna o espaço jurídico ocupado de forma dúplice, provocando um vazio, ante a anulação recíproca.

Ainda segundo o autor, quanto ao tempo, as lacunas podem ser iniciais, tanto as conhecidas (silêncio intencional do elaborador da norma) como as ignoradas (omissão do legislador decorrente de erro na visualização da temática ou o seu completo desconhecimento) ou posteriores (decorrentes de fatos que vão surgindo na evolução social e que não existiam quando da regulamentação) Noutras palavras e ainda tendo como referência o marco temporal, as lacunas podem ser divididas em *lege lata* (do tempo presente) e *lege ferenda* (do porvir). Por fim, em relação à estrutura da norma jurídica, as lacunas podem ser de previsão (carência de previsão de certa situação fática) ou de estatuição (existe uma situação de fato não desconhecida pelo mundo jurídico, mas o legislador silenciou sobre as suas consequências jurídicas).

Na classificação de Maria Helena Diniz (2000, pp. 75 e ss.), as lacunas podem ser divididas em três grandes grupos: as normativas, as ontológicas e as axiológicas. Das primeiras, também denominadas de lacunas de regulação, ocupa-se comumente a tradicional abordagem interpretativa. Tal abordagem considera o silêncio da lei sobre determinado tema como o emblema da insatisfatória regulação positiva do direito. Nesses casos, a ordem jurídica exige a integração do direito pelo juiz para a solução de casos concretos submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Assim, o sistema é colmatado com o que a doutrina italiana costuma denominar "decisão dispositiva" ou autêntica "norma jurídica individual", segundo a tradicional definição kelseniana.

As lacunas ontológicas ocorrem quando determinado instituto jurídico, normalmente positivado pelo sistema, não mais corresponde aos fatos sociais. Resulta, em regra, do envelhecimento da norma positiva, fruto do avanço tecnológico e cultural de uma dada sociedade. Trata-se de um fenômeno intimamente vinculado à constatação da quebra da isomorfia (ou equilíbrio) que deve existir entre a norma, o valor e o fato. Estes são elementos integradores dos subsistemas jurídicos, que passam a interagir de maneira heteromórfica, causando perturbação na atmosfera social. E assim, impulsiona a alteração da matriz jurídica tendente a interferir na solução dos conflitos de toda ordem, tanto substancial como judiciária.

Ante o caráter dinâmico do direito, o juiz passa de um subsistema a outro (do subsistema legal aos subsistemas consuetudinário, axiológico ou fático), podendo construir quantos subsistemas forem necessários até suprir a lacuna. Destarte, a alteração da matriz jurídica tendente a interferir na solução dos conflitos é sempre provisória, porque o direito possui uma temporalidade própria.

Sob o prisma desse mesmo método de avaliação da pertinência da aplicação da norma, surgem as lacunas axiológicas, sempre que se observa a ausência de uma norma justa para um determinado caso concreto ou uma dada situação jurídica. Há uma lacuna axiológica quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, provocará uma solução insatisfatória ou injusta. Aproxima-se, em suas características, do que Bobbio denominou de lacunas ideológicas (CHAVES, 2003, pp. 67/68).

Quanto ao escalonamento das normas na pirâmide jurídico-normativa interna, existem as lacunas normativo-constitucionais (FARIAS CISNEROS, 2003, pp. 47/71) e as lacunas infraconstitucionais. As primeiras só existem quando se constata uma incompletude contrária ao plano de ordenação constitucional. Em outras palavras, as lacunas constitucionais surgem quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica. Todavia, esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1.235). Já as lacunas infraconstitucionais são vislumbradas quando a incompletude localizar-se no plano da normatização ordinária ou complementar. Acrescente-se, além disso, que, com a maior incidência das normas de direito comunitário, podem surgir as lacunas no ordenamento jurídico transnacional, quando inexistir disposição esclarecedora de determinado fato no patamar internacional.

Como se observa, o texto limitou-se a fazer um breve inventário de algumas das múltiplas formas de classificação das lacunas. Em consequência, é de se reafirmar que as hipóteses classificatórias enumeradas estão longe de exaurir a análise tipológica das lacunas. Além disso, as distintas maneiras de se classificar as lacunas não impedem a possibilidade de convergência tipológica.

6 COLMATAÇÃO DAS LACUNAS NORMATIVAS

O preenchimento das omissões legislativas poderá dar-se por heterointegração ou por autointegração. O primeiro método consiste na interpretação levada a cabo por meio de duas vias: a) pelo recurso a ordenamentos diversos; b) pelo recurso a fontes distintas da fonte

principal (da lei). O segundo método, por seu turno, consiste na integração realizada pelo mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem se recorrer a outros ordenamentos, ou recorrendo-se minimamente a fontes distintas da principal. A heterointegração, na lição de Norberto Bobbio (1999, pp. 230/231), é pautada na busca do direito natural para suprir casos omissos. Ademais, também se busca identificar na história do direito ou no direito comparado, as possíveis respostas aplicáveis ao caso concreto posto em análise. Pode-se ainda acrescentar, sem embargo, o recurso ao direito consuetudinário e à capacidade criativa do juiz como formas de heterointegração. Já a autointegração tem seu fulcro primordial na analogia e nos princípios gerais do direito.

Na literatura jurídica lusitana, Oliveira Ascenção (2003, pp. 428/451) preferiu falar em processos extra e intrassistemáticos de integração. Segundo esclarece, entre os processos extrassistemáticos para se solucionar a questão das lacunas, destacam-se os normativos, os discricionários e os equitativos. Já entre os processos intrassistemáticos, merecem ênfase a analogia, os princípios gerais do direito e a norma que o intérprete criaria (realidade existente no art. 10º do Código Civil português).

Partindo-se da premissa de que existem lacunas no ordenamento jurídico-normativo, serão analisados os meios ou mecanismos conferidos pela legislação brasileira para a sua colmatação. Neste particular, no caso do Brasil, a já citada Lei de Introdução ao Código Civil preconiza, em seu artigo 4°, que existe possibilidade de preenchimento do vazio normativo por intermédio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. A seguir, serão feitas breves considerações sobre cada uma dessas formas de integração das lacunas. Entretanto, dar-se-á especial destaque à analogia, porquanto se trata do mecanismo mais usual para a superação dos vazios normativos.

A analogia pode ser definida como a prorrogação da tipicidade de um fato previsto em lei, assemelhado a outro não previsto. Assim, na hipótese em que há a mesma razão de lei, deve haver a mesma disposição, buscando-se preservar o princípio da isonomia. Em outras palavras, adota-se a aplicação análoga quando o intérprete se deparar com a inexistência específica de uma norma que regule a matéria em apreço. Nesse caso, aplicar-se-á a norma prevista ao fato assemelhado. A partir de um olhar semiótico, pode-se esclarecer o conceito de analogia com base no seguinte silogismo: dado A (determinado fato ou ato jurídico) deve ser B (sanção prevista no ordenamento jurídico e que deve ser aplicada pelo julgador); dado A' (determinado fato ou ato jurídico com grande similitude de A), estando este sem regulamentação normativa, deve ser B (aplicar-se-á a sanção prevista para o caso A).

Para Angel Latorre (2002, p. 112), a analogia fundamenta-se no seguinte entendimento: a partir de uma norma legal ou do conjunto delas, podem ser extraídos princípios aplicáveis a casos não previstos na lei, sequer implicitamente, mas que, por apresentarem uma semelhança substancial com os casos catalogados no texto legal, deve adotar-se a mesma solução. É preciso destacar, contudo, que não é suficiente a mera semelhança de casos ou situações. É necessário também que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo. Nesse sentido, os romanos adotavam o seguinte cânone: onde existe a mesma razão da lei, cabe também a mesma disposição (*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*) (MONTORO, 1995, p. 381).

O presente estudo faz eco da advertência de Galvão Telles (2001, p. 262), no sentido de que não se deve confundir interpretação extensiva com analogia. Apesar de terem alguma semelhança, os dois institutos se diferenciam. Noutras palavras, não obstante existam paredes meias, é imperioso os distinguir, seja no plano conceitual, seja na aplicação prática. Por isso, o citado autor, ao se socorrer da metáfora das paredes, reconhece que, às vezes, existe dificuldade em saber onde acaba uma e começa a outra. Porém, tal fato não compromete a identidade de cada instituto: a interpretação extensiva é o alargamento da letra da lei; já a analogia é o alargamento do espírito da lei, que transcende os próprios limites para integrar uma lacuna do direito.

Como é de amplo conhecimento, a analogia pode ser dividida em *legis* e *juris*. A primeira consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto; a segunda estriba-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar (DINIZ, 2003, pp. 452/453).

O costume possui dois requisitos: um objetivo (a prática reiterada de determinado ato) e outro subjetivo (a consciência da obrigatoriedade). Em sua essência, é uma norma (sentido amplo de imposição) que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento. Essa reiteração dá-se com a convicção de que sua observância corresponde a uma necessidade jurídica. Trata-se da mais antiga e tradicional fonte do direito, porquanto é anterior ao surgimento da escrita e, por conseguinte, das codificações. Dias Marques (1994, p. 89) evidencia o relevante papel dos costumes, enfatizando tratar-se da forma mais importante de criação normativa não proveniente de uma declaração. Para ele, as normas jurídicas podem ter a sua origem em um fenômeno de ordem sociológica. Ocorre quando os indivíduos passam a adotar uma conduta constante, com a consciência de que obedecem a uma norma coercitível. Nesse caso, o conteúdo das normas

não é objeto de qualquer declaração, não podendo ser apreendido por outro modo que não seja o da própria observação da realidade social, destinada a verificar a existência do fenômeno.

Os princípios gerais do direito são os pressupostos lógicos e necessários das diversas normas legislativas (COVIELLO, 1924, p. 87). Para Serpa Lopes (1988, p. 155), a ideia dos princípios gerais do direito, consagrada por quase todos os códigos, se impõe como expediente necessário a suprir as omissões da lei. Todavia, ressalva que esse poder do magistrado, consistente na fundamentação de suas decisões nos cânones gerais do direito, não pode ser ilimitado. Sendo assim, tal poder de colmatação das lacunas, conferido ao julgador (permitindo-lhe buscar a norma reguladora da espécie omitida pelo direito positivo, por meio da aplicação concreta dos preceitos gerais do direito) não pode ser exercido de forma desmedida ou ao sabor de suas concepções íntimas. Ao contrário, o magistrado deve tomar por base os valores que informam o direito, tais como: os princípios do direito natural, os princípios tradicionais, os princípios políticos e a equidade.

Alguns autores também destacam a possibilidade de utilização da equidade, como recomendação destinada aos magistrados no sentido de abrandamento e de flexibilização interpretativa do rigorismo da norma, que é geral e abstrata. Entretanto, o julgador deve levar em conta as circunstâncias próprias de cada caso concreto. A equidade pode ser conceituada como sendo um princípio ou um critério (maleável) a ser adotado em determinada situação. Nesse caso, devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias referentes ao caso concreto, muitas das quais não são consideradas ou previstas por normas gerais e abstratas (rígidas). Nessa perspectiva, a equidade pode ser considerada como uma forma de criação do direito e, portanto, uma fonte do direito (BAPTISTA, 1994, p. 22). Tem sido historicamente utilizada na busca de atingir três objetivos centrais: a) um critério de integração das lacunas do sistema jurídico; b) uma aplicação corretiva da norma; c) a substituição da norma injusta. ¹⁰

Em qualquer das hipóteses apontadas, parte-se da premissa inaugural de que o ordenamento jurídico-normativo não é completo e acabado, não apresentando uma plenitude hermética. E assim, chega-se à conclusão de que, na ocorrência de um fato concreto, é preciso

⁻

¹⁰ Acerca dos possíveis usos da equidade, vide DUARTE, 2003, pp.188/189. O presente estudo registra, contudo, seu receio acerca da possibilidade dada ao julgador de substituir a norma que ele tenha por injusta, quer em face do princípio da separação dos poderes, quer em face dos interesses que podem mover maus magistrados no enfrentamento da questão, quer em face da fluidez conceitual do que seja uma norma injusta. Logo, não se pode concordar integralmente com o pensamento de Hermann Kantorowicz, que, em 1906, escreveu livro intitulado "A luta pela ciência do direito". Nessa obra, afirmava que os juízes deveriam buscar o direito justo, mesmo se ele fosse contrário ao texto juridicamente positivado. O problema é que se parte de uma premissa, nem sempre verdadeira, da boa-fé e da não-contaminação da magistratura por interesses escusos. A sugestão de que o magistrado, valendo-se da equidade, possa criar um ordenamento jurídico pessoal, além de representar um ativismo judicial pouco desejado, pode fazer perigar os preceitos da certeza e da segurança jurídicas.

preencher as lacunas eventualmente existentes. Para tal colmatação, a ordem normativa interna permite o uso da analogia, dos usos e costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fechar a exposição teórica deste artigo, que versa sobre a questão das lacunas no ordenamento jurídico, têm-se por firmadas as conclusões que se seguem:

- a) O estudo das lacunas jurídicas, no que pese o pensar discordante de autores de indiscutível saber, ainda tem grande relevo, mormente porque se pode olhar o direito sob diversos prismas. Assim sendo, se a visão jurídica for feita de forma a entender que o sistema jurídico é aberto e que não se limita a auto integração, não seria necessário prolongar esta discussão. Todavia, se a observação for perpetrada sob o ângulo positivista será crucial o estudo dos vazios normativos. Não se cogita aqui da análise da problemática das lacunas sob a visão ingênua do positivismo exegético, mas de um positivismo mais moderno (racionalista, reflexivo ou da escola analítica). Logo, ante a diversidade de pensamento que há de nortear o mundo jurídico, até porque ciência exata não é, sendo, prioritariamente, uma teoria da argumentação, o presente escrito continua a enxergar importância no enfrentamento desta vexata quaestio;
- b) O momento histórico que fez desabrochar, com maior ênfase, a questão das lacunas no direito foi justamente quando se pretendeu, no período da Escola da Exegese (Séc. XIX), codificar todo o direito. A ideia de completude do ordenamento jurídico foi cedendo espaço para novas situações sociais. Destarte, constatou-se que o subsistema normativo não teria como prever todos os fatos juridicamente relevantes, eis que o legislador não era exaustivo na sua missão de criação normativa, tampouco tinha o dom da futurologia;
- c) O sistema jurídico é, na visão de moderado positivismo (positivismo reflexivo) aqui adotada, felizmente incompleto, pois o preço pago pela presunção de se ter um sistema jurídico dotado de completude é deveras dispendioso para a sociedade e para o ordenamento jurídico, pois condena as relações humanas a inquebrantáveis algemas, servindo tais amarras para a estagnação do evoluir social, além de obstaculizar o renovar necessário das letras jurídicas, impossibilitando-se que se elabore um repensar do direito, ou seja, impedindo que haja oxigênio novo na mente do jurista. Com efeito, existem lacunas normativas e a intranquilidade momentânea causada pela inexistência

- de um dispositivo legal para solucionar o caso posto em apreço perante o Poder Judiciário não há que ser comparada com a hipótese de se eternizar, em um claustro intransponível, o saber da Ciência Dogmática do Direito;
- d) Para uma adequada apreciação do ordenamento jurídico em sua magnitude, forçoso será a análise dos subsistemas fáticos, valorativos e normativos, pois o Direito é baseado na tríade do Fato, Valor e Norma, de sorte que esta última não pode estar desvinculada dos dois primeiros, sob pena de ocorrer uma quebra do sistema jurídico;
- e) A colmatação das lacunas pode dar-se de forma intra e extra-sistemática;
- f) A matéria em análise não é uníssona na doutrina. Como ficou claro ao longo do texto existem os que defendem a existência das lacunas e os que a renegam. No nosso sentir, a tese de Bobbio há de prevalecer ao pensar de Zitelmann e Donato Donati, eis que quando se confrontam as normas gerais exclusivas e inclusivas se tem o impasse da aplicação e aí surge o problema das lacunas (ante a exuberância de caminhos possíveis e em decorrência de carência de orientação de qual deles se deva seguir);
- g) No ordenamento jurídico brasileiro, assim como ocorre no direito português e na maioria dos países, o Magistrado não pode deixar de dizer a quem pertence o direito, sob o argumento de que inexiste norma específica para o caso decidindo, porquanto não incide o primado do *non liquet*;
- h) Os autores que defendem a existência das lacunas jurídicas estabelecem variadas classificações acerca dos espaços jurídicos em branco. Este ensaio optou pela classificação difundida no Brasil pela professora Maria Helena Diniz, no sentido de que há três modalidades de lacunas: as normativas, as axiológicas e as ontológicas, sem olvidar as demais formas classificatórias. Realizando um estudo da questão sob o prisma da semiótica jurídica, não seria ilícito afirmar que as primeiras, igualmente nominadas de lacunas técnicas ou de regulação carecem de efetividade sintática (ex. quando um direito é posto na Carta Constitucional, mas necessitando de regulamentação infraconstitucional, ainda ausente), enquanto que as duas últimas se ressentem de efetividade semântica.

8 REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral: uma perspectiva lusobrasileira. 11 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BAPTISTA, José João. Introdução às ciências jurídicas. Amadora: Editora Lusolivro, 1994.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

_____. Teoria general del derecho. 2 ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

BRUNETTI. "Completezza dell'ordinamento giurídico". In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1928.

____. "In margine alla questione della completezza dell'ordinamento giuridico". In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1926.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Acadêmica, 1942.

CHAVES, Luciano Athayde. "O processo do trabalho e o novo disciplinamento dado à remessa oficial pela Lei nº 10.352/2001". In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.** Vol. 12, nº 9, 2003. pp. 67/68.

CÓSSIO, Carlos. La plenitud del ordenamiento jurídico. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COVIELLO, Nicola. **Manuale di diritto civile italiano**: parte geral. Milano: Società Editrice Libraria, 1924.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. Compêndio de introdução à ciência do direito. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONATI, Donato. Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico. Milão: Società Editrice Libraria, 1910.

DUARTE, Maria Luísa. **Introdução ao estudo do direito**: sumários desenvolvidos. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René Ernani Gertz, Brasília: UnB. 1986.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 1968.

FARIAS CISNEROS, Germán. "Antinomias y lagunas constitucionales. Caso México". In: Cuestiones Constitucionales: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Nº 8, 2003. pp. 47/71.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

JUSTO, António Santos. Introdução ao estudo do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução de Manuel de Alarcão. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**: vol I. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

LUHMANN, Niklas. "Die Einheit des Rechtssystems". In: Rechstheorie. N° 14, 1983. pp. 129 e ss. Tradução para o francês: In: **Archives de Philosophie du Droit**. N° 31, 1986. pp. 163 e ss.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 13 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002.

MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. Lisboa: Editora Pedro Ferreira, 1994.

MARQUES, Mário Reis. **História do direito português medieval e moderno**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 23 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, António Castanheira. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: Composição e impressão João Abrantes, 1976.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOMLÓ, Felix. Juristische Grundlehre. 2 ed. Leipzig: Felix Meiner, 1927.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. **Introdução ao estudo do direito**. 5 ed. Lisboa: Lex, 2000.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao estudo do direito**. Volume I. 11 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ZITELMANN, Ernest. Lücken im recht. Leipzig: Edição própria do autor, 1903.